

Roj: **STS 258/2017 - ECLI:ES:TS:2017:258**Id Cendoj: **28079140012017100014**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/01/2017**Nº de Recurso: **2270/2015**Nº de Resolución: **21/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ MU 157/2015,**  
**STS 258/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 11 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado Don Pedro Vicente Mateos Jorge en nombre y representación de la empresa NAUTICAR, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 2 de febrero de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación nº 428/2014, formulado por D<sup>a</sup> Piedad, frente a la sentencia de fecha 7 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, en autos nº 825/12, seguidos a instancias de DOÑA Piedad contra NAUTICAR, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL sobre reclamación por despido. Se ha personado como parte recurrida el Letrado D. Angel Hernández Martín, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Piedad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda formulada por D<sup>ña</sup>. Piedad frente a la empresa NAUTICAR, S.A. y frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), debo declarar y declaro que no incurre en NULIDAD el despido de la actora siendo éste PROCEDENTE por causas objetivas con efectos desde 28-07-12, convalidando la extinción de la relación laboral que se produjo en la citada fecha, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar a la actora la cantidad de 509,40 €, como la diferencia del importe de la indemnización correctamente calculada.»

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« **1.** La actora, D<sup>ña</sup>. Piedad, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios para la demandada NAUTICAR, S.A., CIF A- 30093165, dedicada al sector de la automoción, en virtud de contrato indefinido a tiempo parcial de 25 horas semanales y en las siguientes circunstancias: Antigüedad 16-01-1998, categoría profesional Diplomado/Administrativa y salario bruto mensual de 1.076,18 €, con prorrata de pagas extras incluidas. La relación laboral entre las partes se ha venido rigiendo por el Convenio Colectivo de Comercio General y en virtud de los siguientes contratos de trabajo:

- Contrato de trabajo a tiempo parcial de fecha 16 de enero de 1998 hasta 15 de julio de 1998 suscrito entre la actora y la demandada NAUTICAR S.A. celebrado al amparo del art. 12 del E.T., redacción según R.D. Ley 8/97, de 16 de mayo (BOE de 17 de mayo), con una jornada laboral del 62,5 %.



- Contrato de trabajo de duración determinada celebrado al amparo del art. 15 del E.T., según redacción dada por la Ley 63/97, de 26 de diciembre (BOE de 30 de diciembre) suscrito entre la actora y PROA MOTOR S.L. en 16 de julio de 1998 hasta 30 de junio de 2001.
- Comunicación de prórroga de PROA MOTOR S.L del contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción acogido al Real Decreto Ley 63/97 en fecha 16 de enero de 1999.
- Contrato indefinido a jornada completa de fecha 1 de julio de 2001 suscrito entre la demandante y la demandada NAUTICAR S.A. con jornada de 40 horas semanales pactándose como cláusula adicional una antigüedad desde el día dieciséis de julio de 1998, constando en la vida laboral ser ésta del 62,5 %, constatándose igualmente en la comunicación realizada el 01-10-2005 al Servicio Regional de Empleo y Formación, que el referido contrato refleja una antigüedad en la empresa de 16 de julio de 1998, pasando a ser la jornada parcial de 25 horas semanales desde ese día 1 de octubre de 2005.

Consta la actora dada de baja en la TGSS en fecha 28.07.2012. Los recibos de salarios de la actora correspondientes a los meses de mayo de 2011 a febrero de 2012 reflejan una antigüedad de 16-07-1998, y una base de cotización por importe de 1.076,18 €. Los recibos de salarios de la actora correspondientes a los meses de marzo a junio de 2012, reflejan la misma antigüedad antedicha de 16-07-1998, ascendiendo en éstos la base de cotización por contingencias comunes a la cantidad de 1.045,58 €, sobre los que la demandada ha calculado la indemnización a la que se hará referencia en el hecho probado siguiente. La diferencia salarial de 30,60 € entre las bases de cotización de los referidos recibos de salarios responde al abono . con anterioridad de 860,94 € por salario base y complementos en nómina, y posteriormente el pago de 493,76 € en concepto de salario base. La demandante ha interpuesto con fecha 26-12-2012 demanda frente a la demandada en reclamación de cantidad por importe de 487,55 € por las diferencias salariales indicadas.

2 .- En 29 de febrero de 2012, TALLERES M. GALLEGO, S.L., adquiere el 95% de las acciones de NAUTI-CAR, S.A., nombrándose administrador único de la misma a D. Francisco .

3. - En fecha 13-07-2012 la empresa demandada entrega a la actora carta de despido, con efectos del día 28 de julio de 2012, cuyo contenido íntegro literal tenemos por reproducido, motivado en causas organizativas y económicas, poniendo a disposición de la trabajadora una indemnización de 20 días por año de servicio, ascendente a la suma de 9.781,94 €, calculados en atención a la antigüedad de 16-07-1998.

4 .- Ha quedado acreditado que la empresa dónde prestaba servicios la actora, ha experimentado un descenso de ventas continuadas en los últimos ejercicios de 2009 a 2012, según la evolución indicada en la carta de despido, llegando a ser el resultado negativo en el primer semestre del Ejercicio 2012, en cuanto al Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias de -147.899,46 €. Las causas son debidas a un descenso de ventas y pedidos en el establecimiento, en los últimos ejercicios, tanto de vehículos nuevos como usados, y consiguiente disminución de las órdenes de reparación en taller de trabajos de mecánica, chapa y pintura, así como las labores administrativas que los mismos conllevan. Entre las medidas propuestas para superar la situación de crisis, y para evitar una situación de iliquidez irreversible y ante las previsiones de ventas futuras negativas, se hace necesario reducir costes y gastos fijos.

5 .- Ha quedado igualmente acreditado en virtud de Oficio remitido por la Tesorería General de la Seguridad Social (Dirección Provincial de Murcia) consistente en vida laboral de la empresa "NAUTICAR S.A." desde el 01/01/2011 al 05/12/2012, que en el periodo comprendido entre el 28-07-12 y 27-04-12 se produjeron, además del despido de la actora, el de otros dos trabajadores de la empresa demandada, concretamente, D. Indalecio el mismo día 28-07-12 y D. Jon el día 30-04-12. SEXTO.- En fecha 27 de agosto de 2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación, en reclamación por DESPIDO, instado en virtud de Papeleta presentada el 06-08-12, y con el resultado de SIN AVENENCIA"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por DÑA. Piedad frente a la empresa NAUTI-CAR, S.A. y frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), debo declarar y declaro que no incurre en NULIDAD el despido de la actora siendo éste PROCEDENTE por causas objetivas con efectos desde 28- 07-12, convalidando la extinción de la relación laboral que se produjo en la citada fecha, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar a la actora la cantidad de 509,40 €, como la diferencia del importe de la indemnización correctamente calculada .»

**TERCERO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dictó sentencia con fecha 2 de febrero de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimar la petición efectuada en el recurso de suplicación interpuesto por Piedad , contra la sentencia número 0068/2014 del Juzgado de lo Social número 3 de Murcia, de fecha 7 de marzo , dictada en proceso número 0825/2012, sobre DESPIDO, y entablado por Piedad frente a NAUTICAR S.A.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y, revocando dicha sentencia, en su lugar declaramos nulo el despido de la actora, condenando a la parte demandada a la readmisión de la misma, con abono de salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la de la sentencia. Dése a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.»



**CUARTO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Nauticar, SA, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 11 de febrero de 2014, recurso nº 323/2013, basándose en varios motivos, denunciando la infracción, al amparo de lo establecido en los arts. 223 y 224.1 y 2, en relación con el art. 207.e) de la LRSJ, en el primer motivo del recurso, del art. 51.1 ET, y respecto al segundo motivo, denunciando que el criterio de cómputo que establece la sentencia recurrida en el último párrafo del Fundamento Tercero de Derecho es contrario al art. 51.1 E.T.

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 19 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

**SEXTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 11 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el despido de la actora por una causa objetiva del art. 52.c) ET ("motivado en causas organizativas y económicas": hecho probado 3º), notificado el 13 de julio de 2012 y con efectos del día 28 de ese mismo mes, se encuentra dentro de los límites numérico y temporal que permitiría su consideración como medida individual o si, por exceder de tales límites, y en cumplimiento de lo que al efecto establece el último párrafo del art. 51.1 ET entonces vigente, la extinción de su contrato laboral habría de declararse nula y sin efecto.

2. La demandante, como dijimos, fue despedida por causas objetivas el 13 de julio de 2012 pero con efectos del siguiente día 28 del mismo mes. Constan acreditadas pérdidas económicas del primer semestre de 2012 y pérdidas acumuladas de 150.000 euros. Según relata el ordinal quinto de los hechos probados, en el período comprendido entre el 28 de julio y el 27 de abril de 2012, es decir, en los 3 meses anteriores al despido de la demandante, se produjeron, además de éste, el de otros dos trabajadores de la empresa, concretamente el de D. Indalecio el 28 de julio y el de D. Jon el 30 de abril. Tras la parcial modificación en suplicación de ese hecho probado quinto de la sentencia de instancia, también queda constancia de que, "de los 15 trabajadores de la empresa a principios del año 2012, se prescinde de 12 de ellos, [según se dice] por ser el dato relevante". Sin embargo, no se rectifica la relación nominal de los trabajadores afectados por las extinciones, y sus fechas, en la que puede comprobarse que, en el período de referencia, esto es, entre el 27 de abril y el 28 de julio de 2012, además del despido de la actora, sólo figuran los de los citados señores Indalecio y Jon, ya que las fechas de extinción de los restantes diez trabajadores constan producidas antes del 27 de abril, pues las últimas lo fueron el 21 de marzo de aquel año.

3. Sobre tales presupuestos fácticos, la Sala de suplicación, en la sentencia que es ahora objeto del presente recurso de casación unificadora ( STSJ de Murcia de 2 de febrero de 2015, R. 428/2014 ), revoca la resolución de instancia (que había convalidado la decisión extintiva empresarial y, en consecuencia, la había reconocido como "procedente") y, estimando ese recurso de la actora, aprecia la nulidad del despido, condenando a la empleadora a readmitirla y a abonarle los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la sentencia.

4. Frente a la referida sentencia del TSJ se alza en casación la empresa condenada, Nauticar, SA, articulando dos motivos diferenciados, amparados ambos en el art. 207.e) de la LRJS, en los que denuncia la infracción del art. 51.1 ET, tachando a la sentencia recurrida, en el segundo, de incongruente porque, según dice, "NO FUNDAMENTA el cálculo del cómputo del plazo de los 90 días que refiere en el...Fundamento de Derecho Tercero", e invocando para los dos motivos, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 11 de febrero de 2014 (R. 323/13).

5. En la sentencia referencial se declara la nulidad de la resolución recurrida por arbitraria e incongruente y por falta de pronunciamiento en el marco de un proceso de despido en el que se discutía si se había producido un despido colectivo encubierto. La Sala IV recuerda que la contradicción en materia de infracciones procesales requiere que concurra homogeneidad no sólo en las irregularidades que se invocan sino también en las identidades subjetivas, en los hechos, en los fundamentos y en las pretensiones, y tales presupuestos no concurren en el caso. Y en lo que afecta e interesa al presente recurso de casación unificadora, tampoco acoge la Sala lo relativo al error en el cómputo de las extinciones de contratos por ser la pretensión del recurso contraria a la doctrina jurisprudencial que menciona, esencialmente las SSTSA<sup>4</sup> de 23-4-2012 y 2-1-2013 ( RR. 2724/11 y 1362/12 ), que mantiene que el día del despido ha de ser el día final del plazo para las extinciones acordadas ese día, así como el inicial para el cómputo del período de los noventa siguientes.



6. Tal doctrina, en efecto, resulta claramente contradictoria con la conclusión alcanzada por la sentencia ahora recurrida, no tanto porque ésta última contradiga aquélla formalmente, pues parece aceptarla y aplicarla, sino porque, materialmente, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, la contraviene al efectuar unos cálculos erróneos que en absoluto se compadecen con la realidad que constata la declaración de hechos probados. La contradicción, pues, nos parece palmaria y, por tanto, de conformidad con el art. 219 LRJS y con lo que igualmente admite el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, procede un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que, como también veremos a continuación, no puede ser otro que el ya mantenido reiteradamente por esta Sala en la materia que nos ocupa: la determinación de los límites numérico y temporal del despido objetivo individual.

**SEGUNDO** .-1. La cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en favor de las tesis mantenidas por la sentencia referencial en nuestra sentencia de 23 de abril de 2012 (rcud 2724/2011), en criterio reiterado, entre otras (TS 26-11-2013, rcud 334/13, que compendia y resume la del Pleno de la Sala del 25-11-2013, rcud 52/13, o las más recientes de 11-2-2014, rcud 323/2013, la aquí de contraste, y 9-4-2014, rcud 2022/13, cuyo contenido reiteramos a continuación) por la de 23 de enero de 2013 (rcud 1362/12), cuya doctrina hemos de mantener en aras de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio. Y aunque las soluciones dadas por una y otra de esas nuestras referidas sentencias sea distinta en atención a las circunstancias concurrentes, porque en unos casos (TS 23-4-2012) declaramos la nulidad del despido controvertido en aplicación del art. 6.4 del Código Civil, dada la conducta claramente fraudulenta del empleador, mientras que otros (TS 23-1-2013), una vez decidido que el despido no era nulo, lo devolvimos al órgano de procedencia para que se pronunciara sobre su posible procedencia, la doctrina que en todos establecimos, a cuyos argumentos íntegros desde aquí nos remitimos, puede resumirse así: el primer párrafo del art. 51.1 ET, en la redacción vigente en el momento en que se produjo el despido (antes de la Ley 3/2012), establece una norma general en virtud de la cual el día del despido constituye el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el "dies a quo") para el cómputo del período de los 90 días siguientes. En términos generales, "el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer período de noventa días y el inicial del siguiente" (FJ 2º.1 "in fine" TS 23-1-2013 y FJ 2º.2 "in fine" TS 23-4-2012).

2. *"Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres"* (FJ 2º.2, párrafo 3º, TS 23-4-2012, citada).

3. Ahora bien, el propio art. 51.1 ET, en su último párrafo, establece una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general y que, aunque aplicable únicamente, en principio, a las nuevas extinciones, esto es, a las producidas con posterioridad a las que se habrían visto afectadas por la norma general, y que la empresa acuerde "en períodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas" en el mencionado precepto y en número inferior a los umbrales legales, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, también podría llegar a determinar la declaración de nulidad del despido cuando se aprecien datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude.

4. La aplicación de la anterior doctrina obliga a casar la sentencia recurrida, que computa erróneamente el periodo en cuestión porque incluye en él unas extinciones producidas antes o fuera de los 90 días anteriores a la fecha del despido de la demandante, cuando, como atinadamente sostiene el informe del Ministerio Fiscal, "retrotrae 142 días para efectuar ese cómputo, concretamente hasta el 8 de marzo de 2012", siendo así que el despido de la actora tuvo efectos del 28-7-2012 y, por ello, la retroacción sólo podría alcanzar al 28-4-2014 y desde entonces, y hasta el despido objetivo de la demandante, únicamente hubo en la empresa las dos extinciones que constatan los hechos declarados probados y que, obviamente, no exceden de los umbrales del art. 51.1.a) ET, al que se remite el 52.1.c) de la misma norma.

5. En definitiva, como hemos adelantado, y sin necesidad de analizar siquiera el segundo motivo del recurso, resulta obligado casar y anular la sentencia impugnada y, resolviendo el debate de suplicación, desestimar el de tal clase interpuesto en su día por la actora, confirmando en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de instancia. Sin costas.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Pedro Vicente Mateos Jorge, en nombre y representación de la mercantil NAUTICAR, SA, contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso de suplicación nº 428/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, en autos núm. 825/12, seguidos a instancias de DOÑA Piedad contra dicha mercantil, debemos casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo en suplicación, desestimamos el de tal clase interpuesto por la demandante, para concluir confirmando en su integridad la sentencia de instancia. Sin costas y con devolución a la recurrente de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ